NomosEinführung

Meincke

Römisches Privatrecht

auf Grundlage der Institutionen Iustinians

5. Auflage

Nomos

NomosEinführung

Prof. Dr. Jens Peter Meincke

Römisches Privatrecht

auf Grundlage der Institutionen Iustinians

5. Auflage

Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

ISBN 978-3-7560-1215-2 (Print)

ISBN 978-3-7489-1742-7 (ePDF)

5. Auflage 2023
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2023. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Vorwort zur 5. Auflage

Im Wintersemester 2010/11 habe ich meine letzte Vorlesung gehalten. Sie galt dem Römischen Privatrecht, dem Recht, das die Rechtsbeziehungen zwischen Privatleuten im römischen Weltreich zur Zeit des Kaisers Iustinian (527 – 565) behandelt. Zwölf Doppelstunden standen mir zur Verfügung. Für jede Doppelstunde habe ich ein Skript erstellt und an die Studierenden ausgeteilt. Auf diesen Skripten beruht das vorliegende Buch.

Die Vorlesung 2010/11 richtete sich an Anfängerinnen und Anfänger des Jura-Studiums. Damals hatten wir in Köln gut 400 Studierende, die mit dem Studium begannen. Mein Kurs war nur einer von mehreren, unter denen die Studierenden wählen konnten. Gut 100 von ihnen haben sich für meinen Kurs entschieden. Unter ihnen waren auch einige ältere Semester. Es war ein lebhafter Kurs, den ich sehr gern gehalten habe. Im Laufe des Semesters habe ich zahlreiche Bücher mit in den Kurs gebracht und den Hörern und Hörerinnen nicht nur Faksimile-Ausgaben der Institutionen und der Digesten Iustinians, sondern auch einen Nachdruck des mit Glossen (Zusätzen) versehenen Institutionentextes aus der Hand des Accursius gezeigt. Bilder dieser Bücher konnte ich hier leider nicht einfügen.

Im Kurs wurden viele Fragen gestellt. Niemand hat allerdings gefragt, warum ich überhaupt den Kurs zum Römischen Recht übernommen habe. Hätte man mich gefragt, so hätte ich wohl geantwortet: Ich versuche, daran mitzuwirken, dass ein für die Juristenausbildung bedeutsamer Text der Antike lebendig bleibt. Das damalige Recht ist nicht unser Recht. Aber vieles von dem, was damals gedacht und entwickelt wurde, hat unser Recht beeinflusst und ist auch künftig noch bedenkenswert. Auch die damals unternommene Anstrengung, das Recht schon für die Studienanfänger plausibel und durchsichtig zu machen, verdient unverändert Beachtung. Das Ziel meiner Vorlesung sollte sein, das Römische Recht nicht als einen gelehrten Ballast aus der Vergangenheit, sondern als ein Gebiet zu präsentieren, dessen Studium jederzeit intellektuell anregend ist und an dem sich wie im Spiel juristisches Denken, Abwägen und Urteilen lernen lässt. Das soll so auch für die aus der Vorlesung erwachsene Buchfassung gelten.

Anfängerstudenten (weibliche Studierende gab es damals noch nicht) hatten zur Zeit Iustinians ein fünfjähriges Studium vor sich. Es gab nur drei mögliche Studienorte: Rom, Konstantinopel und Beirut. Im ersten Halbjahr wurde ihnen von Professoren ein Überblick über das Privatrecht vorgetragen. Für diesen Überblick hatte Iustinian ein eigenes Buch anfertigen lassen, das er *institutiones* (Unterrichtswerk) oder *elementa* (Bausteine) nannte und das er der Rechtssammlung vorangestellt hat, die später als Corpus Iuris Civilis (Bestand des Zivilrechts) berühmt geworden ist. Die Institutionen Iustinians sind überliefert, bieten den besten Überblick über das Privatrecht zur Zeit Iustinians und wurden von mir in meinem Kurs nach Aufbau und Inhalt zugrunde gelegt. Sie sind auch die Grundlage des Buches, das jetzt vor ihnen liegt.

Die Studenten sollten damals drei Jahre lang Vorlesungen von Professoren hören und sich anschließend zwei Jahre lang weitere Materien des Rechts im Selbststu-

dium aneignen. Der Schwerpunkt des Studiums lag auf dem Privatrecht. Und so sind auch die Institutionen Iustinians ganz auf das Privatrecht ausgerichtet. Das öffentliche Recht und das Strafrecht werden nur am Rande gestreift. Von den 98 Kapiteln der Institutionen ist nur ein Kapitel – das letzte – ganz dem Straf- und Strafprozessrecht gewidmet.

Manche der Studierenden im Winter 2010/11 hatten kein Problem mit der lateinischen Sprache, anderen fehlte die Sprachkenntnis. Daher habe ich mich bemüht, immer Übersetzungen anzubieten. Für die Wiedergabe lateinischer Texte in Deutsch hat mir die Übersetzung der Institutionen von Knütel/Kupisch/Lohsse/Rüfner (zuletzt: 4. Auflage 2013) geholfen. Die vielen Hinweise auf die Institutionen (gelegentlich auch auf die Digesten, den Codex oder die Novellen Iustinians) in diesem Buch sollen das Gesagte belegen und können bei Interesse hier und da nachgeschlagen werden. Der Text sollte aber auch ohne Rückgriff auf die zitierten Quellen aus sich heraus verständlich sein. Was die Sekundärliteratur angeht, so habe ich „von dem Vorrecht eines Institutionenlehrbuchs, keine Literatur zu zitieren… (weithin) Gebrauch gemacht“ (R. Sohm, Institutionen, 1883, Vorrede).

J. P. Meincke

Inhaltsübersicht

Vorwort zur 5. Auflage 5

A. Einführung 11
Römisches Recht 11
Charakteristische Merkmale des römischen Rechts 13
Entstehung und Überlieferung des Römischen Rechts 19
Römisches Recht und geltendes Recht 21
Das spätere Schicksal des Römischen Rechts 23

B. Die Institutionen Iustinians 25
Die Institutionen als Teil des Corpus Iuris Civilis (C.I.C.) 25
Charakter und Zielsetzung der Institutionen 27
Zum zeitlichen Umfeld der Institutionen 29
Der Kaiser Iustinian 29
Das Einführungsgesetz im Überblick 32
Aufbau und Zitierweise der Institutionen 34

C. Gerechtsein – Recht – Strafrecht 37
Iustitia und Iuris Prudentia 37
Das Programm der Institutionen 38
Privatrecht und öffentliches Recht 39
Grundbegriffe und Rechtsquellen des Privatrechts 41
Strafrecht 45

D. Personenrecht 49
Unabhängige und abhängige Personen 49
Abhängigkeit durch Unfreiheit 51
Abhängigkeit im Familienverband 55
Abhängigkeit durch Vormundschaft 61
Exkurs: Zur Stellung der Frau in den Institutionen 63

E. Sachenrecht 67
Das Recht der ‚res‘ 67
Sache und Sachenrecht 67
Mögliche Eigentümer 68
Einzelne Menschen als Eigentümer 70
Ursprünglicher Eigentumserwerb 71
Abgeleiteter Eigentumserwerb 74

F. Unbeschränkte und beschränkte Sachenrechte 79
Das Eigentum als unbeschränktes Sachenrecht 79
Nutzungs- und Verwertungsrechte als beschränkte Sachenrechte 81
Die Ersitzung 85
Veräußerungsbefugnis und Erwerbsmodalitäten 86
Das Recht der Schenkung 87

G. Erbrecht 91
Gegenstand und Aufbau 91
Grundsätze des Testamentsrechts 92
Die Erbfolge 93
Das Vermächtnis 101
Intestaterbfolge und Nachlassbesitz 107

H. Vertragsschuldrecht 115
Grundsatzfragen 115
Vertragsobligation, Novation und Delegation 116
Vertragspartner und Außenstehende 119
Realverträge 120
Verbalverträge 122
Litteralvertrag 127

I. Konsensualkontrakte und Quasiverträge 129
Konsensualverträge und ihre Merkmale 129
Quasikontrakte 139
Forderungserwerb mithilfe Dritter 140
Erlöschen der Schuldverhältnisse 141

J. Deliktsrecht und Quasidelikte 143
Deliktsrecht, Vertragsrecht, Strafrecht 143
Furtum 145
Rapina 147
Damnum 148
Iniuria 150
Quasidelikte 152

K. Von den Aktionen 155
Die ‚actio' als Anspruch, Klagebefugnis und Klage 155
Die Zweiteilung des Formularverfahrens 157
Aktionen in rem und in personam 160
Sonstige Klagearten 163
Einreden und Repliken 164

L. Ergänzungen 165
Was fehlt? 165
Ein Blick auf die Digesten Iustinians 165
Der Codex Iustinianus 170
Die Novellen Iustinians 175
Resümee 179

Literatur 181

Stichwortverzeichnis 183

A. Einführung

Römisches Recht

1 Wenn vom Römischen Privatrecht oder kürzer: vom Römischen Recht (RR) die Rede ist, dann kann gemeint sein: a) das sog. klassische RR aus der Zeit zwischen 150 v.Chr. und 250 (Jahreszahlen ohne Zusatz beziehen sich auf die Zeit n.Chr.); b) das vom oströmischen Kaiser Iustinian (527-565) aktualisierte sog. justinianische RR; c) das seit dem hohen Mittelalter bis in das 19. Jhdt. hinein überarbeitete, fortentwickelte und seit dem 18. Jhdt. (S. Stryk) sog. „moderne" RR. Das moderne RR gehört zur Privatrechtsgeschichte der Neuzeit und soll hier nicht erörtert werden. Und abweichend von der üblichen Einführungspraxis **wird im Folgenden** auch nicht das klassische, sondern **das justinianische RR in den Mittelpunkt gerückt**.

2 Denn die große Ausstrahlung bis in die Neuzeit hinein ist vom justinianischen RR ausgegangen. Das justinianische Recht – **hier verstanden als das Recht, das Iustinian in den Jahren 533 und 534 in seinem dreiteiligen Sammelwerk von Institutionen, Digesten und Codex in Kraft gesetzt hat** – bildet eine alle Teile des Privatrechts umfassende Kodifikation. Seine Rechtssätze sind inhaltlich aufeinander abgestimmt und formen so ein einheitliches Ganzes. Das erleichtert ihre Darstellung und Aufnahme. Das klassische Recht ist dagegen in der Zeit seiner Geltung ständig in Bewegung. Es ist zu Beginn der Zeitrechnung, um 100 oder um 200 jeweils ein anderes. Zudem ist es uns nur aus Texten bekannt, die nicht selten einander widersprechen und deren Aussagen durch spätere Überarbeitung verändert sein können. All das erschwert einen kurzen Überblick.

3 Iustinian nennt das von ihm in Kraft gesetzte **Recht römisch, weil es**, wie er schreibt, **das Recht ist, „nach welchem das römische Volk lebt"** (Inst. 1,2,2). Doch gehen die Ansichten darüber auseinander, inwieweit seine für die damalige Zeit überaus komplizierten Bestimmungen in den zum (ost)römischen Reich gehörenden Gebieten tatsächlich befolgt und gelebt worden sind. Dennoch wird sein Recht mit gutem Grund als RR bezeichnet, weil es aus einer in Rom begründeten und von römischen Herrschern fortgeführten Tradition stammt und aus Texten römischer Juristen und von ihren Juristen beratener römischer Kaiser zusammengestellt worden ist. Welches Recht zu welcher Zeit an welchem Ort tatsächlich praktiziert wurde, kann hier dahinstehen. Denn im Unterricht heute geht es vornehmlich um die gedanklichen Konzeptionen, die das RR bietet, auf denen unser bürgerliches Recht aufbaut und die überragende Bedeutung für die Rechtsentwicklung in Europa und in allen von Europa beeinflussten Erdteilen gehabt haben, gleich ob sie nun damals nur entwickelt oder auch schon gelebt worden sind.

4 Aber waren die von Iustinian zusammengestellten Bestimmungen aus heutiger Sicht überhaupt Recht? Man kann nicht leugnen: **Wichtige Einstellungen und Wertungen**, die noch zur Zeit Iustinians vorherrschend waren, **können wir heute nicht mehr teilen**. Niemand kann heute noch den Umgang mit im Krieg gefangenen oder von Händlern erworbenen Männern, Frauen und Kindern und ihren

Nachkommen akzeptieren, die unbedenklich als Sklaven gehalten wurden. Aus heutiger Sicht ist auch die rechtliche Position von Frauen unvertretbar. Zwar meint Golo Mann (Zeiten und Figuren, 2007, S. 423) die Emanzipation der Frau sei bereits um 100 in Rom „zwar nicht rechtlich, aber moralisch, nahezu vollendet" gewesen. Doch fehlte eben die rechtliche Gleichstellung. Es ist bemerkenswert, dass die Juristen das selbst erkannt und hervorgehoben haben (Aemilius Papinian D. 1,5,9), ohne allerdings für eine grundsätzliche Diskussion zu sorgen. Hindert das die Anerkennung der einschlägigen Bestimmungen als Recht?

5 Der frühere Präsident des Bundesverfassungsgerichts J. Wintrich soll die These vertreten haben, **ein Recht, das Sklaverei dulde, sei kein Recht** (G. Kegel, Humor und Rumor, 1997, S. 191). Aber was ist es denn? Soll man meinen, es habe in der Antike keine Bestimmungen zur Ordnung des Zusammenlebens der Menschen gegeben? Und wenn sich das Vorhandensein solcher Bestimmungen nicht leugnen lässt, waren sie Nichtrecht, Unrecht? Können Sätze zur Abstammung von Menschen, zu Heirat und Scheidung, zur Erbfolge nach Verstorbenen, zur Ordnung des Handels mit Gütern, zur Zuordnung von Grundstücken und beweglicher Habe, zur Ersatzpflicht bei Vertragsverletzungen und zur Abwehr von Übergriffen in die Sphäre anderer Menschen, weil sie mit Sätzen zur Sklaverei einhergehen, Unrecht sein?

6 **Zweifellos haben die Römer die Regeln ihres Zusammenlebens als Recht verstanden**, auch wenn ihre Juristen klar ausgesprochen haben, dass die Sklaverei gegen die von der Natur vorgegebene Freiheit der Menschen verstößt (Inst. 1,2,2). Sie haben bei der Entwicklung ihres Rechts das Vorkommen von Kriegen und der mit Kriegen zusammenhängenden Sklaverei als gleichsam selbstverständlich und unvermeidbar hingenommen, haben dann aber auftretende Streitfragen durchweg in einem uns heute noch vertrauten **Geist der Fairness, der Verlässlichkeit und in nüchterner Sachbezogenheit** zu lösen versucht. Und so haben sie, ausgehend von Vorstellungen, die unter dem heutigen Konzept unveräußerlicher Menschenrechte fremd und unverständlich erscheinen, ein Privatrecht entwickelt, das sich von der „dunklen Seite der Antike" abhebt und auch aus heutiger Sicht Recht genannt werden kann.

7 Oft hervorgehoben sind die eindrucksvollen und bis heute nachwirkenden Einsichten der Antike. Oft hervorgehoben ist aber auch, dass die damaligen Erkenntnisse verloren gehen, wenn sie nicht lebendig gehalten werden. **Es genügt nicht, die einschlägigen Texte in Bibliotheken zu verwahren.** Die Texte müssen die Menschen erreichen, sie müssen gelesen, gelehrt, neu überdacht und verstanden werden. Wer sich dem Studium des RR zuwendet und damit die Kritik von deutschen Politikern aus den dreißiger Jahren und das zunehmende Desinteresse der gegenwärtig führenden Juristengeneration hinter sich lässt sowie den erklärten Gegnern der Beschäftigung mit der Antike den Rücken zukehrt, der sorgt mit dafür, dass das RR auch für künftige Generationen lebendig bleibt. Und wer sich im RR auskennt, der trifft an Universitäten des In- und Auslands Ansprechpartner und kann das große Maß an Übereinstimmung erleben, das sich unter Juristen unterschiedlicher Herkunft, Ausbildung und Berufserfahrung einstellt, wenn sie sich mit Ernst derselben bedeutsamen Thematik zuwenden. Für jeden, der neu

hinzukommt, bietet die **international funkelnde Welt der „Romanisten“** eine wunderbar anregende Atmosphäre.

Charakteristische Merkmale des römischen Rechts

Merkmale anhand von Stichworten

Die wichtigsten, für das RR charakteristischen Merkmale lassen sich in fünf Stichworten zusammenfassen: 8

(1) Konzentration auf einen von hervorragenden Juristen entworfenen **Rechtsbereich, der als selbstständige wissenschaftliche Disziplin aufgefasst und durchdacht wird**.

(2) **Der einzelne Mensch** und seine rechtlichen Beziehungen **im Mittelpunkt**.

(3) Entdecken, Ersinnen, Überliefern von Fällen, die interessante Rechtsfragen aufwerfen.

(4) **Erfinden einer „Rechtswelt“ von Begriffen, Institutionen, Argumentationsmustern** und Entscheidungselementen, um die Rechtsfindung zu rationalisieren und Rechtsfragen in sich stimmig zu lösen.

(5) **Systematisieren** (= unter leitenden Gesichtspunkten zusammenfassen) **des ganzen aus Einzelfallentscheidungen erwachsenen Privatrechtsbereichs**, um so den Zusammenhang der Rechtsfragen miteinander deutlich zu machen.

Merkmale am Beispiel von Fällen

Neben der Systematik der Privatrechtsbereichs, die ihren Ausdruck insbesondere in Iustinians Schrift ‚Institutionen’ findet, ist kennzeichnend für das RR die mit einmaliger Intensität vorangetriebene und bis in entlegene Fallgestaltungen verfolgte **Suche nach der richtigen – d.h. mit der bisherigen Entscheidungslinie übereinstimmenden und für künftige Fälle vorbildlichen – Lösung von Rechtsfällen**. Behandelt werden Fallgestaltungen des Vertragsrechts, des Schadensersatzrechts, des Eigentumsrechts, des Erbrechts und ähnliche Problembereiche, über die Privatpersonen in Konflikt miteinander geraten können. Zu Streitfragen dieser Art haben sich die Juristen geäußert, gleich ob der Streitwert hoch oder niedrig einzuschätzen war. Denn auch wirtschaftlich wenig bedeutsame Streitigkeiten konnten interessante Rechtsfragen aufwerfen. Bisweilen war sogar gesetzlich vorgesehen, dass auch Fälle mit geringem Streitwert beachtet werden mussten (Inst.4,2 pr.). 9

Streitige Rechtsfälle, wie sie von römischen Juristen erörtert worden sind, hat der Kaiser Iustinian vornehmlich in seinem Buch ‚Digesten’ zusammenstellen lassen. Doch folgt daraus nicht, dass schon der erste Blick von Studienanfängern auf dieses Buch gerichtet sein muss. Der Kaiser, dem an der sachgerechten Ausgestaltung des Anfängerunterrichts für Juristen viel lag, weist selbst auf die Probleme hin, die sich bei der Analyse komplizierter Sachverhalte für noch Unerfahrene ergeben. Er **empfiehlt daher, den Unterricht mit einem Überblick über die Grundzüge des Rechts zu beginnen**. Denn, so schreibt er in seinen ‚Institutionen’, würde man die Studenten im Zuge der Falldiskussion gleich mit der Masse und Vielfalt des Stoffes belasten, würde man sie eher entmutigen als fördern (Inst 1,1,2). 10

11 **Dieses Buch folgt der kaiserlichen Empfehlung**. Es unternimmt es daher, die wichtigsten Bausteine eines Basiswissens zum RR aus der Zeit Iustininans in einem Überblick zusammenzutragen. Auch derartige Rechtsbausteine lassen sich allerdings nicht ohne auf sie bezogene Fallgestaltungen darstellen, sonst bleiben sie konturenarm und in ihrem Anwendungsbereich unklar. Die für das Verständnis bedeutsamen Konfliktszenarien können jedoch in einem Grundriss wie diesem jeweils nur kurz angedeutet werden. Zum Ausgleich seien daher **zwei Fälle mit einfacher Grundstruktur** etwas ausführlicher vorangestellt.

12 **Der erste**, häufig zitierte **Fall** ist aus der Antike überliefert, könnte aber auch heute spielen. In ihm verlangen zwei Kläger Ersatz für verauslagtes Geld. **Der zweite**, bisher noch wenig erörterte **Fall stammt aus dem heutigen New York**, könnte aber auch schon von den römischen Juristen erdacht worden sein. Er handelt von der Rückforderung zweier als Geschenk gegebener Gegenstände. Beide Fälle sollen nach RR erörtert werden. Beide Fälle erlauben keine auf der Hand liegende Lösung. Beide Fälle führen zu der Frage: Wie würde ich entscheiden? Die Entscheidung fällt schwer. Gerade das macht die Suche nach dem genauen Verständnis des Falles und nach den maßgebenden Argumenten spannend und führt bei Abwägung der Gesichtspunkte, die für die eine und andere der am Streit beteiligten Personen sprechen könnten, zunächst einmal zum Nachdenken. Und so kann man früh lernen, Argumente zu suchen, gegeneinander abzuwägen und sich um eine überzeugende Lösung zu bemühen.

A. Die Lusitaner-Gefangenen

13 Der Fall ist in den Digesten Iustinians überliefert (D.3,5,20 pr.; Näheres zu diesem Buch und seiner Zitierweise später). **Das Zitat dort stammt von dem Juristen Iulius Paulus** (er lebte um 200), der auf den Juristen Alfenus Varus (um 20 v.Chr.) verweist, der wiederum den gut eine Generation älteren Juristen Servius Sulpicius (um 50 v.Chr.), einen Zeitgenossen und Freund des berühmten Redners, Politikers und Schriftstellers Marcus Tullius Cicero (106–43 v.Chr.), zitiert. Paulus schreibt:

14 Auch hat Servius, wie bei Alfenus im 39. Buch (seiner) Digesten berichtet wird, gutachtlich geäußert: Von den Lusitanern waren drei Römer gefangen genommen worden, von denen einer mit der Bestimmung freigelassen wurde, dass er das Lösegeld für alle drei herbeischaffe, **wenn er aber nicht zurückkehre, sollten die beiden anderen für ihn zusätzlich das Lösegeld entrichten**. Der Freigelassene lehnte es ab zurückzukehren, und deshalb zahlten die Zurückgebliebenen auch für ihn das Lösegeld. Servius äußerte gutachtlich, es sei *aequus* (vernünftig), dass der Prätor eine Klage gegen ihn gewähre.

Worum geht es?

15 **Die beiden Gefangenen**, die das Lösegeld irgendwie zusammenbringen konnten, sich mit ihm freigekauft haben und nach Rom zurückgekehrt sind, **wollen den Erstentlassenen** auf Erstattung eines Teils des Lösegeldes **in Anspruch nehmen**.

Wer sind die beteiligten Personen?

Die Lusitaner gelten als die Vorfahren der heutigen Portugiesen, mit denen die Römer gelegentlich im Krieg lagen. Ob die drei Römer Kriegsgefangene oder Opfer von Banditen waren, bleibt offen. **Der Prätor war ein für das Rechtswesen zuständiger**, vom Volk für eine kurze Amtszeit **gewählter Politiker in Rom**. Wurde ein Rechtsstreit anhängig gemacht, prüfte er vorab mithilfe angesehener Juristen (hier des Juristen Servius), ob es – die Behauptungen des Klägers als richtig unterstellt – einen Rechtsgrund für die Klage gab. 16

Wo steckt das rechtliche Problem?

Zu prüfen war also, **ob sich ein rechtlicher Gesichtspunkt finden lässt**, der die Klage der zurückgebliebenen Gefangenen rechtfertigen kann. Zweifellos stand es nicht in der Macht der Lusitaner oder desjenigen, der für die Gefangenen das Lösegeld aufgebracht hat, rechtlich bindend festzulegen, wer welchen Anteil am Lösegeld zu tragen hat. Ob der Erstentlassene einen Anteil übernehmen muss, lässt sich daher nur aus dem Verhältnis der drei Gefangenen zueinander entnehmen. Will sich der Erstentlassene nicht freiwillig beteiligen, müssen die anderen seine Beteiligung zu erzwingen suchen. Sie müssen einen Anspruch geltend machen, mit dem sich die Forderung eines Drittels des Lösegeldes gegen ihn gerichtlich durchsetzen lässt. In diesem Zusammenhang kann man an einen Anspruch auf Schadensersatz oder auf Aufwendungsersatz denken. 17

1. Ein Anspruch auf Schadensersatz könnte sich aus *mandatum* (Auftragsvertrag) ergeben, wenn die Zurückgebliebenen den Erstentlassenen rechtlich verbindlich beauftragt hatten, das Lösegeld zu besorgen, **wenn der Beauftragte** die ihm zugedachte Aufgabe der Geldbeschaffung nicht erfüllt und damit **vertragswidrig gehandelt hat** und wenn den Zurückgebliebenen daraus ein Schaden in Höhe von einem Drittel des Lösegeldbetrages entstanden ist.
   – Hier dürfte es schon an dem erstgenannten Merkmal fehlen. Denn der Sachverhalt gibt keinen ausreichenden Hinweis darauf, dass sich die drei Römer auf einen Auftragsvertrag verständigt hatten. Wären sie Kriegsgefangene gewesen, wäre eine Verständigung unter ihnen, die im Fall der Gefangenschaft zu Sklaven geworden waren, auch noch unwirksam gewesen. Der Erstentlassene hatte daher seinen Mitgefangenen gegenüber eine Verpflichtung zur Beschaffung des Lösegeldes nicht wirksam übernommen. **Ihm ist ein vertragswidriges Verhalten nicht vorzuwerfen**.
2. Ein Anspruch auf Aufwendungsersatz käme in Betracht, wenn die Kläger für den Beklagten Geld ausgelegt haben und wenn ihr Vorgehen für ihn nützlich gewesen ist. Sie könnten auf das Institut der Geschäftsführung ohne Auftrag (*negotiorum gestio)* verweisen, das den Klägern einen Anspruch auf Aufwendungsersatz zuspricht, **wenn sie** für den Beklagten in dessen Bereich tätig geworden sind und mit der Lösegeldzahlung **eine für den Beklagten nützliche Leistung erbracht haben**.
   – Die Bezahlung des von den Lusitanern dem Erstentlassenen zugedachten Erlösanteils müsste also als Tätigkeit für den Beklagten und als für ihn

nützlich angesehen werden können. Da der Erstentlassene und Beklagte aber inzwischen sicher in Rom lebt und die Lusitaner nicht mehr zu fürchten braucht, kann er mit einiger Überzeugungskraft behaupten, **dass ihn niemand durch Lösegeldzahlung befreien musste**, dass die Zahlung des für ihn verauslagten Lösegeldbetrages daher auch nicht seine Sache sei und für ihn keinerlei Nutzen gehabt habe.

3. Ein Anspruch aus Mandat oder aus Geschäftsführung ohne Auftrag ist nach allem nicht leicht zu begründen. Dass Servius auf das, was *aequus* (vernünftig) ist, zurückgreift, zeigt, dass er selbst keinen klaren, für die Kläger sprechenden Gesichtspunkt vor Augen hatte und offenbar der Meinung war, dass der Hinweis auf das. was *aequus* ist, einen deutlicheren Klagegrund ersetzen kann. Vielleicht hätte sich eine auf die Merkmale der *negotiorum gestio* bezogene Begründung aber mit der Überlegung finden lassen, **dass der Erstentlassene**, falls der Fall in Rom bekannt geworden war, **um seinen Ruf unter den Mitbürgern fürchten musste**, wenn er nicht nur jeden Einsatz zur Befreiung der Gefangenen unterließ, sondern auch noch eine Beteiligung an der Lösegeldzahlung verweigerte. Dies könnte eine Perspektive sein, unter der sich die Zahlung des von den Lusitanern für ihn zusätzlich verlangten Betrages im Ergebnis doch noch als seine Sache und als für ihn (zur Ruf-Wahrung) nützlich ansehen ließ.
4. Bemerkenswert ist auf jeden Fall, dass Alfenus und Paulus keine eigene Stellungnahme der Fallschilderung hinzugefügt haben und dass der von Paulus mitgeteilte Fall von der Kommission, die auf Weisung Iustinians seine Digesten zusammengestellt hat, mit Blick auf die *negotiorum gestio* beurteilt worden ist. **Denn sie hat den Fall unter diesem Gesichtspunkt in Iustinians Rechtssammlung eingestellt**.

Welche Eigentümlichkeiten des römischen Rechts zeigt der Fall?

- Es geht immer um Privatrecht (um vermögensrechtliche Ansprüche unter den Beteiligten).
- Merkmale wichtiger Rechtsinstitute (*mandatum, negotiorum gestio)* sind zu prüfen.
- Kurze Fallschilderung unter Inanspruchnahme der Autorität angesehener Juristen.
- Praxisbezogene Rechtsfindung, die zum Weiterdenken anregt. Wie im RR so findet sich nämlich auch im geltenden Recht keine klare Vorgabe zur Lösung dieses Falles. Welcher Linie sollten wir also folgen?

B. Ein Bettler flüchtet mit seinem Geschenk

18 **The New Yorker Magazine** veröffentlichte 1962 **einen Cartoon des Zeichners Dedini** (publiziert von G. Kegel, Zur Schenkung von Todes wegen, 1972, S. 42), der in zehn Bildern einen Rechtsfall illustriert. Der Fall könnte sich auch schon in Rom zugetragen haben. Und er zeigt charakteristische Merkmale, wie sie in derselben Weise die Beschäftigung mit dem RR interessant machen.

Worum geht es?

Ein Lebensmüder will von einer Brücke in den Tod springen, trennt sich vorher noch von seiner Brieftasche und seiner goldenen Uhr, gibt beides einem vorbeikommenden Bettler und steigt auf das Brückengeländer. Der Bettler erkennt die Lage. Ihm gelingt es, dem Lebensmüden den Todeswunsch auszureden. Daraufhin steigt der dem Leben Zurückgewonnene vom Geländer herab und verlangt seine Sachen zurück**. Der Bettler flieht, der Lebensmüde läuft hinterher**. 19

Wo steckt das rechtliche Problem?

1. Qui donat, sic dat, ne recipiat (Domitius Ulpian D. 43, 26, 1): Wer schenkt gibt so, dass er das Geschenk nicht zurückhaben will. **Gilt das auch für Gegenstände, die in Erwartung des nahen Todes verschenkt wurden** oder können sie zurückgefordert werden, wenn der Tod nicht eintritt? 20
   - Der Cartoon lässt keinen Zweifel daran, dass der Lebensmüde seine Sachen dem Bettler unentgeltlich überlassen und damit schenken wollte. Aus den Umständen heraus ist klar, dass der Schenker mit dem nahen Tod rechnete, als er die Gegenstände weggab. Auch der Bettler hatte schnell erkannt, dass ein Abschied bevorstand.
   - **Wenn diese Angaben genügen, um die Merkmale einer** *donatio mortis causa* **(Schenkung von Todes wegen) zu bejahen, hat das Geschenk** nach RR **einen nur vorläufigen Charakter**. Der Schenker kann dann das Geschenk zurückfordern, wenn er die Gefahrensituation überlebt.
2. Genügen die Angaben, um eine Schenkung von Todes wegen anzunehmen?
   - Das RR bringt die Schenkung von Todes wegen mit einem a**us der Odyssee Homers bekannten Fall** in Verbindung (Inst. 2,7,1). Dort wird erzählt, wie Telemach, der Sohn des Odysseus, von einer Seereise mit Kostbarkeiten nach Ithaka zurückkehrt und weiß, dass er im Haus seiner Eltern auf die Freier seiner Mutter treffen und mit ihnen kämpfen wird. Er sieht seinen Tod als Möglichkeit vor Augen und sagt zu seinem Gefährten Piräus, der das kostbare Gut vorläufig verwahrt: Wenn mich die Freier töten, will ich lieber, dass Du es behalten mögest, als einer von diesen da. Wenn ich aber denen den Tod bringe, sollst Du es mir zur Freude zu meinen Häusern schaffen.
   - Aus der Erzählung Homers lassen sich d**ie zwei wichtigsten Merkmale der Schenkung von Todes** wegen ablesen. Zum einen muss beiden Beteiligten bewusst gewesen sein, dass die Schenkung mit Blick auf den erwarteten Tod gegeben wird. Zum anderen muss für beide Beteiligten deutlich gewesen sein, dass das Geschenk zurückgegeben werden soll, wenn der erwartete Tod nicht eintritt. Wie dem Schenker so ist auch dem Bettler bei der Übergabe des Geschenks bewusst gewesen, dass das Geschenk mit dem geplanten Tod des Mannes zusammenhing. Also kann man von einer Schenkung ausgehen kann, die für beide mit der Erwartung des Todes in Verbindung stand.

- War aber auch beiden Beteiligten deutlich, dass das Geschenk zurückgegeben werden sollte, wenn der Tod nicht eintritt? **Ausdrücklich ist über die Rückgabe des Geschenks nicht gesprochen worden**. Musste dem Bettler aber nicht auch ohne besondere Worte beim Blick auf die ihm übergebenen Gegenstände klar sein, dass der Lebensmüde sie im Fall des Überlebens zurückfordern werde? Wie soll man es werten, dass der Bettler alsbald die Flucht ergriff und dem Lebensmüden nicht als neuer Eigentümer selbstbewusst gegenüber trat? Spricht das nicht dafür, dass er selbst meinte, zur Rückgabe verpflichtet zu sein? Das sind **Gesichtspunkte**, die **für eine Rückgabepflicht des Bettlers** angeführt werden können.

3. Man kann aber auch an Folgendes denken. Wäre dem Bettler bewusst gewesen, dass er die Sachen im Fall der Rettung des Schenkers zurückgeben muss, hätte er seinen Einsatz für den Schenker vermutlich unterlassen, so dass nicht angenommen werden kann, dass ihm die Rückgabepflicht jederzeit klar vor Augen stand. Und was den Schenker angeht, so war er zurzeit der Übergabe der Sachen noch zur Selbsttötung entschlossen. Er konnte nicht mit einem Hindernis bei seinem Tun rechnen. Vielmehr stand ihm der Tod als sichere Folge seines Sprungs von der Brücke vor Augen. Daher wird er auch nicht daran gedacht haben, dass er die fortgegebenen Sachen später zurückfordern kann. **Im Ergebnis haben daher beide bei der Übergabe der Sachen nicht an eine Rückgabe gedacht**. Und schließlich: Es widerspricht einem vernünftigen Verhalten, von seinem Lebensretter Leistungen zu verlangen, die er nicht hätte erbringen müssen, wäre die Rettung unterblieben. Argumente dieser Art lassen sich gegen eine Rückgabepflicht des Bettlers ins Feld führen.
   - Damit stehen sich **Argumente** gegenüber, **die bei einer Entscheidung abgewogen werden müssen**. Auf jeden Fall fällt die Entscheidung nicht leicht. Aus heutiger Sicht würde man wohl sagen, der Bettler muss jedenfalls die Dinge zurückgeben, die für ihn keinen Wert haben, wie z.B. persönliche Papiere oder kleine Bilder, die sich in der Brieftasche befanden. Vielleicht auch die Brieftasche selbst ohne Inhalt? Aber hätten so auch die Römer gedacht? Und hätte das, was fair erscheint, auch gerichtlich erzwungen werden können?

Welche für das RR charakteristischen Eigentümlichkeiten lassen sich auch an diesem Fall demonstrieren?

21 – 1. Eine kurze Fallerzählung führt, wie häufig, auf ein zeitloses Problem, hier auf die Frage, wie sollen Schenkungen in Erwartung des Todes behandelt werden? Unter welchen Umständen rechtfertigen sie einen Rückforderungsanspruch?

– 2. Dann kommt die besondere Konstellation dieses Falles in den Blick. Der Beschenkte hat den Tod abgewendet. Wie ist unter diesen Umständen zu entscheiden?

– 3. Beim Umgang mit Fällen dieser Art versteht man, dass die Römer die Lösung schwieriger Rechtsfälle als eine Kunst verstanden haben. **So** ist von dem Juristen Iuventius Celsus (um 100) **der Satz überliefert**: *Ius est ars boni et aequi*

(**Recht ist die Kunst des Guten** <Vernünftigen> **und Ausgewogenen**: Ulpian D. 1,1 pr.).

– 4. Im Ergebnis bleibt hier die Entscheidung des Falles nach RR offen. Auch nach geltendem deutschem Recht lässt sich zur Lösung nichts Sicheres sagen. Den römischen Juristen brachte es einfach Freude, sich über komplizierte Fälle Gedanken zu machen, selbst wenn ihnen nicht sogleich die allseits befriedigende Lösung vor Augen stand.

Entstehung und Überlieferung des Römischen Rechts

22 Das RR, das hier zur Fallerörterung herangezogen wurde, hat sich auf der Basis eines Gesetzes aus der Frühzeit Roms entwickelt, eines Gesetzes, das der Kaiser Iustinian als „Grundgesetz des römischen Staates" (Nov. 22,2 aus 536) und das der Historiker Titus Livius (geb. 59 v.Chr.) als „Quelle allen öffentlichen und privaten Rechts" bezeichnet hat. Gemeint ist **das Zwölftafelgesetz** aus der Zeit von 450/451 v. Chr., das den Ausgangspunkt der uns übersehbaren Entwicklung des RR bildet.

23 Der Text dieses Gesetzes, das zunächst auf zehn Tafeln mit zwei Ergänzungstafeln auf dem zentralen Platz Roms, dem Forum, aufgestellt worden war, blieb lange Zeit erhalten, auch wenn er schon bald als sichtbares Dokument verloren ging. Wie Cicero berichtet, mussten es die jungen Leute noch um 100 v.Chr. in der Schule auswendig lernen, und noch 250 Jahre später **konnte der Jurist Gaius** (um 150) **einen Kommentar zum Zwölftafelgesetz veröffentlichen, der noch** um 530 **den Mitarbeitern Iustinians zur Verfügung stand**. Doch ist dieser Kommentar zusammen mit der sonstigen antiken Fachliteratur als selbstständiges Werk verloren gegangen. Vom Gesetzestext sind aber in verschiedenen anderen aus der Antike überlieferten Schriften – auch zB in Iustinians Institutionen: Inst. 2,22 pr. – Zitate erhalten, die eine teilweise Rekonstruktion erlauben.

24 Die Rechtsentwicklung war also zwar von einem Gesetz ausgegangen, und sie ist auch anschließend noch durch vereinzelte Gesetze, durch verbindliche Edikte der Prätoren und durch Einzelfallentscheidungen der Kaiser nachhaltig beeinflusst worden. Dennoch war das später von Iustinian zusammengefasste RR ganz überwiegend kein Gesetzesrecht. Es war nicht in einem Gesetzgebungsverfahren beschlossen worden und war in seinem Kern auch nicht an amtlichen Verlautbarungen orientiert, sondern es hatten einzelne, in öffentlichen Angelegenheiten erfahrene Persönlichkeiten entwickelt und durchdacht. In einem von Sextus Pomponius (Mitte des 2. Jhdts) überlieferten Abriss der Rechtsgeschichte Roms wird aus dem Blickwinkel seiner Zeit im Einzelnen darüber berichtet, „**was das für Männer waren, von denen dieses Recht geschaffen und überliefert worden ist**" (Digesten 1,2,2,35 ff.).

25 Diese Persönlichkeiten, unter denen Antistius Labeo (um die Jahrtausendwende) als Vorgänger des Pomponius hervorragte und die man *iuris consulti* (Rechtsgelehrte) nannte, wurden in Prozessen als Gutachter herangezogen und waren in späteren Jahren auch führend in der kaiserlichen Kanzlei tätig. Sie haben meist umfangreiche Werke veröffentlicht, in denen sie in Auseinandersetzung mit anderen Juristen rechtlich bedeutsame Interessenkonflikte geschildert und Konfliktlö-

sungen aufgezeigt haben. Unter den Zeitgenossen des Pomponius hatte Celsus, der wegen seines unter demselben Namen bekannten Vaters auch Celsus filius genannt wird (Pomponius D. 1,2,2,53) und der als scharfsinnig und "wohltuend entschieden" (D. Liebs) gilt, zusammen mit Salvius Iulian besonderes Gewicht. Iulian stand mit dem Kaiser Hadrian in enger Verbindung und war von ihm und den nachfolgenden Kaisern „gewissermaßen heiliggesprochen" worden (D.Liebs). Iustinian feiert ihn als überaus scharfsinnigen Rechtsschöpfer (*C. Tanta*, 18).

26 Später wurden drei um 200 tätige Juristen besonders häufig zitiert: Papinian (sein Ruhm überstrahlte alle) sowie seine Schüler Paulus (er galt als besonders klar und gedankenreich) und Ulpian (er hat in umfangreichen Schriften die ältere Literatur gesammelt und verarbeitet). Alle drei hatten nacheinander oder zeitgleich als Prätorianerpräfekten das unter dem Kaiser höchste Staatsamt inne. Papinian wurde auch seines Charakters wegen verehrt. Von ihm stammt der berühmte Satz: *Quae facta laedunt pietatem, existimationem verecundiam nostram… nec facere nos posse credendum est* (Von Handlungen, die unser Pflichtgefühl, unser Ansehen und unser sittliches Empfinden verletzen, muss man annehmen, dass wir sie überhaupt nicht vornehmen können: D. 28,7,15). Nach dieser Devise hatte er sich im Jahre 212 geweigert, den Mord des Kaisers Caracalla am Kaiserbruder Geta zu rechtfertigen. Er musste seine aufrechte Haltung mit dem Tod bezahlen.

27 Die Besinnung auf diese weitbekannten und hochangesehenen Juristen verlieh dem Zivilrecht – im Unterschied zum Strafrecht – in der Antike eine Würde, die allseits anerkannt und auch von den Kaisern respektiert wurde, und die dazu führte, dass das Zivilrecht bis in die Spätantike hinein im Geist von Labeo, Iulian und Papinian fortentwickelt und von einseitigen religiösen Forderungen und von rhetorischen Einflüssen weitmöglichst abgeschirmt wurde.

28 **Die Materialien, auf denen die römischen Juristen ihre Bücher geschrieben haben, waren entweder leicht vergänglich** (Papyrus) oder sie waren so wertvoll (Pergament), dass sie schon bald nach ihrer Benutzung nach Abschaben des bisher dort Geschriebenen wieder neu verwendet wurden (sog. Palimpsest = wieder verwendetes Schriftstück). Die Rechtstexte hatten daher wie die ganze antike Literatur schon aufgrund des verwendeten Materials nur eine begrenzte Lebensdauer. Weil das Beschreibmaterial so vergänglich war, fehlte in der Antike ganz generell das Interesse am Original von Schriftstücken. Selbst die schon früh für heilig gehaltenen Briefe und Berichte des Neuen Testaments sind nicht im Original erhalten. **Nur Prachtausgaben amtlicher Texte wie die** *Littera Florentina* (die **Florentiner Handschrift der Digesten**) **wurden verwahrt**. Wichtig waren dafür allein die Abschriften. Auch sie gingen verloren, wenn es zu „Überlieferungszerfall" beim Umschreiben von Papyrustexten auf Pergament kam, zu Naturkatastrophen (Vulkanausbruch <79 Vesuv>, Erdbeben <551 Beirut>) oder zu „Kulturkatastrophen" (Brand der Bibliothek in Alexandria <47 v.Chr., 391>, Zerstörung von Istanbul <476 durch interne Kämpfe, 1204 durch Kreuzfahrer, 1453 durch Osmanen>), zu Vorgängen also, in denen gut erhaltene Texte vernichtet worden sind.

29 Überlebt hat nur, was als so wichtig galt, dass es in vielen Exemplaren verbreitet war und immer wieder abgeschrieben wurde. **Eine solche Wertschätzung hat in der Antike für die Juristenschriften gegolten**, die in der Rechtspraxis großes Anse-